

山本浩司の

automa

オートマシステム 1

民法 I

system

✓セミナー 専任講師

山本浩司

早稲田経営出版

 TAC PUBLISHING Group

無断複写・転載を禁ず

まえがき 司法書士試験と民法

司法書士試験は、数ある資格試験の中でも最難関のひとつに数えられています。

ただ、この試験においても、基本事項の大事さという学習方針が短期合格のコツである点は、何の変わりもありません。

それにもかかわらず、従来の司法書士試験用の基本書は、初学者にはたいへんわかりづらいものが多いのです。

そもそも、法律というのは、コトバの学習ともいえます。

法律の世界には独特の用語があり、そのニュアンスを把握するだけのことでなかなか困難を伴うことが多いといえます。

が、その言葉の定義に使われる用語そのものが、これまた日常用語とは異質のものでありますから、どこまでいっても初学者にはイメージがとらえにくいのです。

以上の点が、学習者において民法の理解を困難ならしめる根本的な原因です。

私は、いままでの受験指導を通して、従来型の学習法を採用した受験者が、意外にも「民法の基本」がわかっていないという事例を数多く見えています。

雑多な知識は豊富でも、肝心なところで1本のスジに欠けるのであります。

このことが、応用力の欠如として、本試験においてあと一步のところ合格圏にとどかない理由となっています。

そこで、本書では、法律コトバを、いったん身近な用語に置き換え、著述が進むごとに本来の正確な定義に至るような工夫をしています。

この点は、初学者にとって最も合理的な学習法であるだけでなく、上記のような従来型の学習法を採用した受験者にとっても、あいまいであった民法の全体像がくっきりと浮かび上がるという効果として現われます。

第1部基本編では、従来型の学習法によっては、3年間の努力を費やしてもあいまいにしか理解できなかったであろう「民法の基本」を、単純明快に説明します。

本書の著述は、他の基本書には存在しない内容であり、著者の独創による

方法論です。

つまり、民法の当たり前の原理というものを、あらたまって説明する書物は、従来、存在しなかったのであります。

いうまでもなく、司法書士試験合格の基本は民法の理解にあります。本書は、もっとも正鵠にその急所を射抜くことになるでしょう。

第2部以下は、第1部基本編を読了した方を対象に記述を進めていきます。

司法書士試験の本試験レベルに合わせ、本格的な記述内容となっていくます。

平成24年11月

山本浩司

第9版の刊行にあたって

近年、民法の大改正が続き、司法書士試験の出題内容には大幅な変更が生じました。

その変更後の出題の最初の年が、2020年度となりました。

以下、その大改正を具体的に示します。

- 1 債権法の改正（民法の一部を改正する法律 平成29年法律第44号）
- 2 相続法の改正（民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律 平成30年法律第72号）

以上の2つです。

改訂にあたり、「参考判例」を大幅に加筆し、理解と記憶の定着を図りました。

司法書士試験の実施月の遅れに伴い、令和2年度（2020年度）の本試験問題の織込みは、来年度に持ち越しとなります。

司法書士試験は難関試験です。

本書を利用して、司法書士試験の合格を果たしていただければ、著者としてこれに過ぎる喜びはありません。

令和2年10月

山本浩司

【目次】

まえがき 司法書士試験と民法	iii
----------------	-----

第1部 基本編

第1章 民法の本質	2
1. 利益衡量	2
2. 法律的に考えるとどうなるのか	6
3. 婦責事由	12
4. 占有の意味は？	15
5. 条文どおりにいかないこともある	18
6. 包括承継の意味	24
第2章 物権の世界 生存競争は食うか食われるか	27
1. 民法の全体像	27
2. 物権の世界 動産の場合	28
3. 物権の世界 不動産の場合	32
4. なぜ悪意のXまで勝たせる必要があるのか	37
5. いざとなったらスジを曲げる裁判所	39
第3章 債権の世界 自由と強制は表裏	44
1. 債権の世界の原理	44
2. 契約自由の原則	49
3. 約束は守られなければならない	51
4. 破産がわかれば民法がわかる	55
5. 担保物権の理解はとても重大だ	57
6. 約束がなければ守らなくてもいい	59
7. 一度結んだ契約を「やめた」といえるか	67
8. 契約による債権と契約によらない債権	73
9. 婦責事由 損害賠償の話	79
10. 請求権競合	81
11. 履行に代わる損害賠償と代償請求権	83
12. 契約解除 債権者を契約の拘束力から解法する手段	85
13. 解除をするとどうなるのか	90
14. 危険負担はババ抜きの話	94
15. 人的担保	101

第4章 物権と債権どちらが強いのか	106
1. 債務者の無資力への債権者の対抗手段	106
2. 債権譲渡と対抗要件	117
3. 債権の消滅事由と相殺の担保的効力	129
4. 物権的請求権	131
5. 不動産賃借権の物権化	133
第5章 担保物権の仕組み	138
1. 抵当権とは何者か	138
2. 担保権の性質	143
3. 付従性	144
4. 随伴性	144
5. 不可分性	145
6. 物上代位性	146

第2部 民法総則編

第1章 代理という精緻なシステム	150
1. 民法総則の山場は代理にある	150
2. 代理の三要素が欠けるとき 「顕名」がないとどうなるか	152
3. 代理の三要素が欠けるとき 「代理権」がないとどうなるか	155
4. 表見代理とは	156
5. 表見代理の3類型	158
6. 不確定無効って何？	164
7. 無権代理人の責任	171
8. 無権代理人、責任逃れの秘策は通用するか？	175
9. 代理の三要素が欠けるとき 「代理行為に瑕疵」があるとなどうなるか	178
10. 代理人と能力の問題	182
11. 代理人の権限濫用の問題について	184
12. 任意代理と法定代理	187
13. 復代理の話 子亀には違いないがそれなりに一人前の復代理人	192

14. 無権代理と相続 代理部門の超重要な応用問題	198
15. 双方代理・自己契約	217
第2章 時効 時がもたらす理外の理	222
1. 人間が作った法律の「ほころび」	222
2. どうしたら時効取得できるか	224
3. 短期取得時効とは	228
4. 占有の二面性	232
5. 賃借権を時効取得できるか	236
6. 消滅時効 どうやって時効を止めるか	238
7. 債権の行使とは？	245
8. 時効の援用とは	249
9. 時効の効力	255
10. 時効利益の放棄	256
11. 消滅時効の起算点	259
12. 消滅時効と除斥期間	260
第3章 意思表示の無効について	262
1. 心裡留保と身分行為	262
2. 民法94条2項類推適用	264
3. 転得者はどうなるか？ 民法94条2項のいわゆる1つの大問題	269
第4章 制限行為能力 えこひいきの論理	276
1. 制限行為能力とはどういう制度か	276
2. 未成年者について	277
3. 未成年者が単独でできること	278
4. 成年後見の問題	281
5. 取消権は誰にあるのか	288
6. 追認とは何か	291
7. 法定追認	295
8. 相手方の対抗手段	298
第5章 瑕疵ある意思表示 錯誤・詐欺・強迫について	302
1. 錯誤	302
2. 第三者による詐欺・強迫	305
3. 取消し前に出現した第三者	308

4. 取消し後に出現した第三者	311
-----------------------	-----

第6章 民法総則編の番外シリーズ..... 314

1. 不在者の財産管理	314
2. 失踪宣告	317
3. 同時死亡の推定	323
4. 意思表示の効力の発生	324
5. 法人の基本	327
6. 果実、元物、不動産および動産	330
7. 条 件	332
8. 期 間	340

事項索引	(1)
------------	-------

条文索引	(3)
------------	-------

第1部

基 本 編

第 1 章

民法の本質

1 利益衡量

民法を理解する上で、大切なことを1つ挙げろといわれれば、それは文句なしに「利益衡量」です。

この感覚を理解できた方は、民法の習得について最初の山場を楽々と越えることができます。

「利益衡量」というのは、「2つの利益をはかりにかける」という意味です。「衡」とは、はかりを意味します。

いわゆる法律学を理解する上で大切なのは、真理は2つあるということを理解することです。

このところを僕の学生時代の友人は「善人が2人いて悪人が1人いる。これが法律問題だ」と表現しました。

【用語解説】 → 利益衡量

「衡」とは、はかりを意味する。したがって、衡量とは、「量をはかりに掛けること」をいう。

法的判断において当事者間の相対立する利益を比較し、より大きな利益をもたらす結論を導き出す作業のことである。

事例 1

Xは親の形見である大事な宝石を持っている。友人のAから「結婚式に参列するのにどうしても宝石を一日だけ貸してほしい」と頼まれたXはAに宝石を貸した。

ところが、Aは、友人のYにその宝石を売って引き渡してしまった。Yは婚約者にプレゼントをするための宝石を探していたところだったのだ。

実は、Aはサラ金の激しい取立てにあっていた。Aは宝石の代金をサラ金への返済にあて、今は無一文だ。

Xは好意からAに宝石を貸してあげただけです。

Yは宝石を買っただけです。

ですから、悪いのはAであって、X Y 2人の善人は被害者です。

法律は学問ではありますが、血の通わない機械的なものではありません。

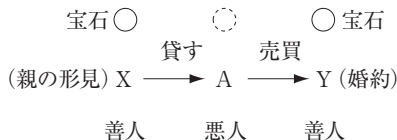
ですから、その理解には、X Yのそれぞれの立場になってみるという想像力が必要です。

XはAに宝石を貸しただけです。しかもその宝石は大事な親の形見です。もし、宝石を失うはめにでもなれば、その心痛は察するにあまりあります。

Aが悪いのだと責め立てても、Aの手元にはもう宝石はないし、損害賠償させようにもAには金がありません。

宝石を取られてそれでおしまいになりかねません。

Yは大枚をはたいて宝石を買いました。婚約者にプレゼントするくらいですからきつと給料の何か月分かであるに違いありません。もし、宝石をXに返さなければならぬとすると、サラ金にお金を払ってしまったAから売買代金を取り戻すあてがありません。



さて、この問題が訴訟に持ち込まれるとどうなるでしょう。

この問題は、法律上は、宝石の所有権がXにあるのかYにあるのかという争いになります。

Aが悪いのはわかっていますが、金のない人を相手に訴訟を起こしても費用倒れになるだけなので、現実にはX Y間で宝石の所有権を争うしかありません。

ここで、裁判所が困ります。それは、X Y両方が善人だからです。

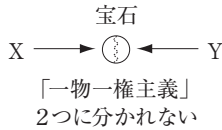
このように裁判所が困る事件のことを、「法律問題」といいます。

この場合、裁判所は、「宝石を仲良く2人で使え」とか「しょうがないから宝石を売って代金を2人で分ける」とはいえません。

それは「**一物一権主義**」という近代法の大原則に反するのです。

今のところ、「一物一権主義」というのは「1つの物には1つの所有権しか成立しない」という意味だと思ってください。

と、すると宝石はXかYのどちらかのものです。



裁判所はどちらかに決めなければなりません。裁判所は退路を絶たれたわけですから。解決法は、XかYのうち、どちらかに泣いてもらうしかありません。

民法の勉強をする場合、上記のような当事者X Y、裁判所の困った状態を、よくよく**体で理解**することが大事です。

悪人1人の存在で皆が困っているのです。

字面だけスラッと勉強しても民法の本当のことはいつまでたってもわかりません。

さて、現実にはX Y間で宝石の所有権をめぐる争いが起こったと仮定します。

まず、Yの立場に立ってみましょう。

宝石を買ったYとすれば、何とかしてXにいちゃもんをつけなければなりません。

Yは何といったらいいのでしょうか。

しばし、考えてみてください。

何か思いつきましたか？

こういえばいいのです。

「XがAに宝石を**貸したから**こういう事件が起こったのではないか」と。

もともと、信頼してはいけないAという人の人格をXが見抜けずに宝石を引き渡したから事件が起こったのです。だから、人を見る目を誤ったXが責任を取るべきなのです。

この責任を取るべきだという理屈のことを、法律用語で「**帰責事由**」といいます。大事な言葉なので覚えておきましょう。

また、Yからはこういう主張も可能です。

「買ったのだから僕のものだ。僕はAが宝石を持っていたから所有者なのだろうと信じただけだ。買ったものが自分の物にならないのでは安心して売買ができない。資本主義の世の中の仕組みを守って売買の信頼性を高めることが大事だ」

実は、この主張も結構ポイントが高いのです。

「安心して売買ができる」ということを、法律の世界では「**取引の安全**」と呼びます。Yのいうとおり、資本主義社会にとってとても大事な前提です。

【用語解説】 → 取引の安全

取引を行った者の利益を図ることをいう。虚偽の外観を信頼して取引に入っ
た者の信頼を保護する法理。

以上のように、Yからは、

1. Xの帰責事由の追求
2. 取引の安全の法理

の2点の主張ができるのです。

さて、このままではXが負けてしまいそうです。

Xはどうしたらいいのでしょうか。

実はこのケース、Xは負けの可能性が高いのです。

Yの主張する「取引の安全」のポイントが高いからです。

しかし、この事例では、X Y Aに友人関係があるという点がXに有利に働く可能性あります。

もし、以下のような事実があったらどうでしょう。

1. YはXが宝石を大事にしていたのを知っていた。
2. 宝石にはXのイニシャルが刻印されている。
3. Aは過去にも同じように他人の物を勝手に売った前科がある。そのことをYが知っていた。
4. Aがサラ金に追われていたことは有名な話だった。

こうなると、XはYに対してつぎのような主張が可能です。

「なぜ宝石を買う前にAの話が本当かどうか僕に一本電話をくれなかったんだ」
これは強力な主張です。

たしかに、YがAが宝石を売ろうとする点に疑問をもち、Xに問合せの電話をかければ、事件は起こらなかったのです。XからすればYがうかつだったと主張できます。

「うかつだった」ということを、法律の用語では「過失がある」と表現します。

XはYの過失を主張立証すれば、勝てるのです。

【用語解説】 → 過失

一定の事実を認識可能だったにもかかわらず、不注意から認識しないこと。

裁判所とすれば、法廷でのX Yの主張をそれぞれ聞いて、各々の得点を数えていく。

そして、ポイントの高いほうを「勝ち」とする。
裁判所の行うこの作業のことを、「利益衡量」という。

2 法律的に考えるとどうなるのか

さて、上記の問題を法律的にスジ道をたて、順を追って考えてみましょう。
いろいろと重大な問題点が浮き彫りになります。

1. 民法の大原則 空のバスケットからリングは生じない。

リングというのは権利のことです。事例では所有権です。
まず、AはXから宝石の所有権を受け継いでいません。
AがXから預かったのはリング（所有権）の入っていない空のバスケットです。

したがって、YがAからもらったバスケットにリングがあるはずがありません。
YはAの「空のバスケット」を引き継いでいるからです。
したがって、Yが所有者になる余地はありません。
これが民法の当たり前の考え方です。

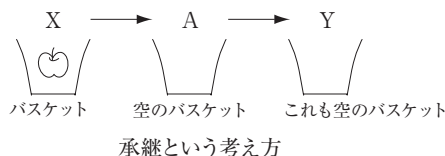
前の人の権利を引き継ぐことを、法律用語で「**承継**」といいます。

前主に権利があれば、承継人にも権利があります。

前主に権利がなければ、承継人にも権利はありません。

「**無からは無しが生じない**」という民法の大事な考え方です。

この場合、Yは無権利者のAの地位を承継しているので「Yに宝石の所有権はない」というのが民法のスジです。



【用語解説】 → **承継**

ある者が他の者の法律上の権利義務を引き継ぐこと。後主は前主とその権利義務に関して同じ地位に立つことになる。

2. 民法の例外 空のバスケットからリングが生じる。

しかし、民法では、空のバスケットからリングが生じるという手品みたいなことが例外的に起こります。数えるほどしかない例外です。

そして、先ほどの宝石の事例はそのうちの1つなのです。

民法192条がそれです。

民法192条（即時取得）

取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。

【用語解説】 → 占有

自己のためにする意思で物を所持すること。所持とは、物を事実上支配する状態をいう。

条文の意味を事例に即して解釈してみましょう。

「動産の占有を始めた者」というのはYのことです。

YはAから宝石の引渡しを受けています。

手元に宝石があるから占有ありです。

「動産」はこの場合、宝石を指します。

「善意」という言葉は、この後、民法の中でしょっちゅう出てきます。

これは「よい行い」の意味ではありません。

「ある事情を知らないこと」が「善意」です。

逆に、「ある事情を知っていること」を「悪意」といいます。

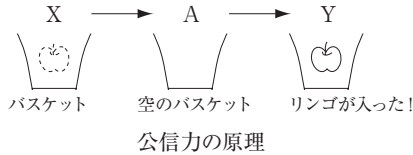
「動産について行使する権利」は上記の例では「所有権」のことです。

つまり、民法192条は「YがAの無権利を知らず、かつ、知らないコトに過失がなければ、Yは**所有権を取得する**」とっています。

このように、民法192条は、「取引の安全」のためにXに泣きなさいと命ずる条文なのです。

この「無から有が生じる」手品のことを、民法の世界では「**公信力**」といいます。

なにを公に信じるのかといえば、それは「虚偽の外観」です。
具体的には「宝石を占有しているAの所有者らしい姿」です。



法律上、「虚偽の外観」を信じた結果、出てくるマコトのことを「公信力」というのです。

民法192条では、動産取引の安全のために「公信力」が認められています。

【用語解説】 → 即時取得

動産を占有している無権利者を真の権利者と過失なく誤信して取引をした者に、完全な権利を取得させる制度。民法192条が規定する。

◆一問一答◆

問 民法において、「取引の安全」を理由として相手方が保護されるための要件は何か？

答 一般論として、相手方の「善意・無過失」が要件とされる。

参考問題

1. 甲が、立木法による登記がされた丙所有の樹木を無権利者乙から譲り受けて、これを伐採した場合、甲は材木の所有権を即時取得しうる。(S63-10-4改)
2. 他人の山林を自分の山林であると誤信して立木を伐採した場合、即時取得が成立する。(H13-7-ア改)
3. A所有の土地をBが自己所有の土地と誤信して立木を植栽していたところ、Cが当該立木を伐採して伐木を持ち出した場合には、Aは、Cに対し、当該伐木の所有権を主張することができる。(H21-9-エ)

答え 1. × 立木は不動産である。不動産の場合、無からは無しか生じない。つまり、不動産取引においては、公信力はナイ。その理由は、民法192条に該当する特殊な条文が不動産取引については存在しないからである。であれば、民法の原則どおり無からは無しか生じないのである。

2. × 立木の伐採は事実行為である。「取引」ではない。したがって、この場

合も、無からは無しが生じない。

3. ○ BC間取引が存在しないから、即時取得の問題にならない。Cは無権利者であり、Aは土地所有権に付合した伐木の所有権を主張することができる。

さて、すでに述べたように、「動産取引」の世界においては、本来なら空のバスケットの承継人であるYは、即時取得の制度によって真の所有者になる可能性が生じます。

しかし、その要件として、YはAが権利者であると「過失なく誤信」していなければなりません。

ですから、争いの帰趨はYの過失の有無にかかっています。

Yに過失があればXの勝ち、なければYの勝ちです。

では、Yの過失について民法は何といっているのでしょうか。

民法188条（占有物について行使する権利の適法の推定）

占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。

「占有者」とはAのこと、「占有物」は宝石のことです。

このように、宝石を占有しているAは「適法な占有者」と推定されます。

すると、Aが宝石を占有している状態を見て、YがAのことを所有者だと誤信するのはもっともだということになります。

したがって、**Yの無過失は推定される**というのが裁判所の結論です。（最判昭41.6.9）

もちろん、その前提としてYの善意も推定されます。

《注》 最判は、最高裁判所の裁判例という意味。

【用語解説】→ 推定

ある事項につき、当事者の意思や事実の存在が明らかでない場合、これらを**一応明確なものとして定めその法的効果を発生させること**。

では、宝石の、元来の持ち主であるXとしてはどうすればよいのでしょうか。

Xが勝つためにはYに過失がないという「推定」をひっくり返さないといけません。

もし、ひっくり返せれば勝てます。

具体的には、Yに対して「Aから買う前に何で一本電話をしなかったのか。Yよ、君はうかつだった」と主張して、裁判官を納得させればいいということにな

ります。

民法192条は「YがAの無権利を知らず、かつ、知らないコトに過失がなければ、Yは所有者になれる」といっているのですから、逆にXがYの過失を証明すればXが勝てます。

この場合、過失の有無は、Yが宝石を「買い受けた」その**時点**で判断します。

即時取得は「取引の安全」のための制度ですから、Yが**取引に入ってきた瞬間（より正確には、占有を開始した時）**の過失が問題なのです。

仮にYが宝石を取得した後にXの存在について悪意になってもYの即時取得は妨げられません。

XとすればYが宝石の取引に入ってきた瞬間の「悪意・有過失」を立証すべきであり、後になって「本当の所有者は僕だ」といっても遅いのです。

参考判例 ■（最判昭41.6.9）

即時取得を主張する占有者は、民法188条の推定がある以上、無過失を立証する責任を負わない。

◆一問一答◆

問 即時取得者の無過失は推定されるか？

答 推定される。（最判昭41.6.9）

コラム 証明責任の問題

XがYの過失を証明するという意味がわかりにくいかもしれない。

この問題は民事訴訟法の問題だが、民法を本当に理解するためには避けて通れない。

問題の出発点は、裁判官は神様ではないということだ。

Yの過失の有無が問題になった場合、Yの顔に「過失がありました」とは書いてない。

裁判官は事件の全部を見ていたのでも聞いていたのでもない。

そうすると、過失があったのかなかったのか第三者の裁判官にはわからないという事態があり得る。

しかし、「Yに過失があったかどうかは不明だ。当裁判所では判断ができない」というお手上げ判決はやってはいけないルールになっている。

なぜなら、民事訴訟の第一の目的は「紛争の解決」だからだ。お手上げ判決では何も解決しない。

さらに、お手上げ判決は憲法違反でさえある。

憲法32条は「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」と規定するが、裁判所が「お手上げ」になれば、それは国民の裁判を受ける権利を奪ったことになるだろう。

では、過失の有無が不明の場合にはどうしたらよいのか。

この問題は、証明責任のあるほうの負けというルールで解決することになっている。

つまり、Yの無過失は推定されている以上、XはYの過失を**証明**しない限り勝てないというルールだ。

訴訟がルールのあるケンカといわれるのはそういう意味である。

結局、裁判官には「Yに過失があったかどうか分からない」という場合は、Xの負けというのが結論である。その理由は、Xが**証明責任を果たさなかった**からだ。

証明責任を負わされるということは、このように実際の裁判の現場ではとても不利なことなのだ。

訴訟の場では、争いの当事者のどちらに証明責任があるかは、事件の類型ごとに**あらかじめ**決まっている。

こういう事情を、「証明責任のあるところ敗訴あり」という言葉で表現する。

証明責任

X	Y
(有)	(無)
・証明しなければ負け	・真相が不明なら勝ち

参考問題

1. Aが、Bの所有する動産甲を無権利のCから買い受けて現実の引渡しを受けた場合において、即時取得を主張するためには、自己に過失がなかったことを立証しなければならない。(H30-8-イ)
2. CはAが所有する時計を預かっていたBとの間で、Bが所有者であると誤信してその時計の購入をし引渡しを受けた。この場合、Cが善意であれば過失があったとしてもその時計の所有権を取得することができる。
3. 動産の買主が引渡しを受けたとき、その動産が売主の所有に属しないことにつき善意であっても、その後に悪意となれば即時取得の効果は失われる。(S58-12-5)
4. 即時取得の制度は、取引の安全を保護するため、動産の占有に公信力を与えたものである。
5. 占有者が、占有物の上に行使する権利は、これを適法に有するものと推定されるので、即時取得を主張する者は、無過失を立証する責任を負わない。(H5-9-オ)
6. Aからデジタルカメラ甲を賃借していたFは、甲をBに売却し、その現実の

引渡しをした。この場合において、Bは、Aに対して甲の即時取得を主張するためには、Fが甲に関し無権利者であることについて自己が善意無過失であったことを証明しなければならない。(H25-8-4改)

7. 占有者は、占有物の上に行使する権利を適法に有するものと推定される。(S58-10-1)

8. Aの所有する甲動産を保管しているBが、甲動産を自己の所有物であると偽って甲動産をCに売却した場合において、代金支払時にCが甲動産の所有者がBであると信じ、かつ、そう信じるについて過失がないときは、代金支払後、引渡しを受けるまでの間に所有者がBでないことをCが知ったとしても、Cは甲動産を即時取得することができる。(H17-9-イ)

9. Aからデジタルカメラ甲の寄託を受けていたEは、甲をBに売却したが、その際、Bは、Eが甲に関し無権利者であることについて善意無過失であった。この場合において、Bは、その後Eから甲の現実の引渡しを受けた際、Eが甲に関し無権利者であることについて悪意となっていたときは、甲を即時取得しない。(H25-8-3改)

10. 教授 AがBから預かっていたビデオカメラをBに無断でCに譲渡した場合、Cは無権利者からの譲受人であるから、原則として所有権を取得することができませんが、どのような場合に所有権を取得することができますか。

学生 即時取得が成立する場合に所有権を取得することができます。即時取得が成立するためには、Cは前主が処分権限を有しないことについて善意無過失である必要があります。

善意については推定されますが、無過失については、判例上、推定されないこととされています。(H20-11-ア)

.....
答え 1. × 2. × 3. × 4. ○ 5. ○ 6. ×

7. ○ 8. × 善意・無過失の要件は、「占有開始時」に要求される。

9. ○ 10. ×

3 帰責事由

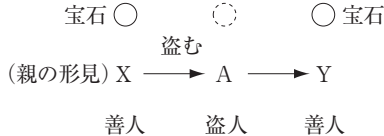
事例 2

Xは親の形見である大事な宝石を持っている。AはX宅に侵入して宝石を盗み出した。Aはその宝石を自分の物だと偽り、そのことを過失なく信じたYに売り渡した。Aはその後行方が知れない。

さて、今度の事例はどうでしょう。

問題文にYがAの宝石だということを「過失なく」信じたと書いてありますので、XからYの過失を立証することはできません。

そうすると、民法192条から、無から有が生じるので、無権利者である泥棒Aから宝石の引渡しを受けたYは宝石の所有権を取得できそうな気がします。



さて、どうでしょう。

事例1との違いを考えてみましょう。

事例1のケースでYが主張したのは、つぎの2つでした。

1. Xの帰責事由（信頼できない人格のAを信じて宝石を貸したこと）
2. 取引の安全

事例2の場合、Xは宝石を盗まれています。

だから、Yは上記2の主張はできますが、1の主張はできません。

つまり、本事例では、**Xに帰責事由がありません。**

そうすると、裁判官から見て、相対的にYの得点が下がるはずです。

また、Xは窃盗という犯罪の被害者ですから気の毒です。

Xの力になってあげたいという気持ちが裁判官にあるでしょう。そこで、Xの得点が上がります。

Yが主張する「取引の安全」という点で事例1と2に大差はありません。

しかし、その他の部分で、Xの得点が上がり、Yの得点が下がります。

こうした得点の割り振りの作業が、裁判所が行う「利益衡量」です。

そして、この微妙なバランス感覚こそが民法を学ぶ上で一番大事な心得です。

結論として、事例2では、たとえYが無過失であってもXに勝ちの可能性があり
ます。

条文の根拠は民法193条です。

民法193条（盗品又は遺失物の回復）

前条の場合において、占有物が盗品又は遺失物であるときは、被害者又は遺失者は、盗難又は遺失の時から2年間、占有者に対してその物の回復を請求することができる。

占有物というのは宝石のことです。

この条文を事例2にあてはめれば、被害者はX、占有者がYとなります。したがって、Xは盗難の時から2年間は宝石を取り戻せるのです。

しかも、タダです。XはYから無償で取り戻せます。

つまり、193条は、2年間はYが泣けとっています。

ポイント 期間について

司法書士試験は細かい知識を問われることがよくある。そこで、期間を記憶する場合には、その「起点」を明確にする必要がある。

本事例では、「盗難または遺失の時から」という部分が起点である。

この場合、盗難または遺失を知った時からではないという点が重要である。

いうまでもなく、「盗難または遺失の時から」としたほうが、2年の期間満了時は早期にやってくるのであり、場合によっては盗難等の事実を知らないままに、期間が経過して即時取得が成立することもありうる。

つまり、この起点のおきかたについて、民法の起草者は、被害者Xの利益よりも「早期の法律関係の安定」という利益を尊重したことになる。

さて、2年間はYが泣けというこの点の法律上の理由づけについて、判例は、2年間は宝石の「所有権」がXにあるのだとっています。

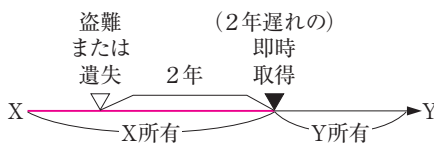
となれば、Xは「自分が所有者だから返せ」とYにいえませう。

所有権はとても強い権利ですから、返せというのにそれ以上の理由は何もいりません。

これを、法律上「所有権に基づく返還請求権」と呼びます。

以上述べたように、宝石が盗品または遺失物の場合、Yの主張する「取引の安全」の得点は事例1と変わりませんが、Xに帰責事由が乏しく、気の毒な面があります。

そこで、民法は2年の期間を区切り、その間はXの勝ち、それを過ぎればYの勝ち、2年の起算点は「盗難または遺失の時」とあらかじめ決めて、お互い恨みっこナシというルールを採用しています。



盗品または遺失物の特則

参考問題 乙が甲から時計を横領した場合、丙がその時計を乙の所有物であると過失なく信じて買い受けたときは、甲は横領の時から2年間はその時計の返還を丙に請求することができる。

答え ×

《注》 横領とは、自己の占有する他人の物を不法に領得すること。横領の場合、甲は乙に時計を自ら手渡しているはずだから甲に帰責性がある。

4 占有の意味は？

事例 3

Xは親の形見である大事な宝石を持っている。友人のAから「結婚式に参列するのにどうしても宝石を一日だけ貸してほしい」と頼まれたXはAに宝石を貸し渡した。

しかし、Aは友人のYにその宝石を売った。Yは過失無くAが真実の所有者だと信じていた。

しかし、Yは引越して取り込み中なので、買った宝石はそのままAに預けておくといい、Aもこれを了承した。

さて、この場合はどうでしょう。

今度は、宝石は盗品や遺失物ではありませんから民法192条の問題になります。

民法192条（即時取得） 再掲

取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する。

事例3のポイントは、現実には、宝石がAの手元にあることです。